

SENTENZA DELLA CORTE

28 marzo 1985 *

Nella causa 274/83,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dal sig. Alberto Prozzillo, in qualità di agente, e con domicilio eletto in Lussemburgo presso il dr. Manfred Beschel, membro del suo servizio giuridico, edificio Jean Monnet, Kirchberg,

ricorrente,

contro

Repubblica italiana, rappresentata dal sig. Arnaldo Squillante, capo servizio del contenzioso diplomatico, in qualità di agente, assistito dall'avvocato dello stato Ivo M. Braguglia, e con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'ambasciata d'Italia,

convenuta,

causa avente ad oggetto un ricorso volto a far constatare che la Repubblica italiana, adottando talune disposizioni in materia di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici e omettendo di comunicare alla Commissione talune disposizioni essenziali di diritto interno da essa adottate nel settore disciplinato dalla direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, n. 71/305, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dal trattato CEE,

LA CORTE

composta dai signori Mackenzie Stuart, presidente, G. Bosco e O. Due, presidenti di sezione, P. Pescatore, T. Koopmans, K. Bahlmann e R. Joliet, giudici,

avvocato generale: C. O. Lenz

cancelliere: P. Heim

**

ha pronunciato la seguente

* Lingua processuale: l'italiano.

** l'avvocato generale ha presentate le sue conclusioni all'udienza del 13 febbraio 1985,

SENTENZA

(omissis)

In diritto

- 1 Con atto depositato nella cancelleria della Corte il 16 dicembre 1983, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, a norma dell'art. 169 del trattato CEE, un ricorso volto a far constatare che la Repubblica italiana, adottando talune disposizioni in materia di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici e omettendo di comunicare alla Commissione talune disposizioni essenziali di diritto interno da essa adottate nel settore disciplinato dalla direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, n. 71/305, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dal trattato CEE.

- 2 Il 26 luglio 1971, il Consiglio delle Comunità europee adottava due direttive intese a realizzare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici. La prima, la n. 71/304 (GU L 185, pag. 1), attua, per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici, il principio del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità in materia di libera prestazione dei servizi. La seconda, la n. 71/305 (GU L 185, pag. 5), stabilisce il coordinamento delle procedure nazionali per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici dettando in particolare:
 - norme comuni di pubblicità (artt. 12 e segg.);

 - norme comuni di partecipazione (titolo IV) contenenti l'enunciazione di criteri obiettivi sia per la selezione qualitativa delle imprese (artt. 23 e segg.), sia per l'aggiudicazione degli appalti (art. 29).

- 3 Con sentenza 22 settembre 1976 (Commissione/Italia, causa 10/76, Racc. pag. 1359), la Corte dichiarava e statuiva che, non avendo adottato entro il termine stabilito le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio n. 71/305, la Repubblica italiana era venuta meno ad un obbligo impostole dal trattato. Conformandosi a questa sentenza, la Repubblica italiana adottava,

l'8 agosto 1977, la legge n. 584 (GURI 26 agosto 1977, n. 232, pag. 6272) la quale, a parere della Commissione, garantiva una corretta attuazione della direttiva.

- 4 Il 10 dicembre 1981, il legislatore italiano adottava la legge n. 741 recante « ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche » (GURI 16 dicembre 1981, n. 344, pag. 8271). La Commissione, ritenendo, in primo luogo, che numerose norme di questa legge, e più precisamente gli artt. 9, 10, 11, 13 e 15, fossero contrarie in particolare alle disposizioni della direttiva n. 71/305, relative alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dei bandi di gara, alla dimostrazione della capacità finanziaria, economica e tecnica dell'impresa e ai criteri di aggiudicazione dell'appalto e, in secondo luogo, che non avendole comunicato il testo di tale legge, l'Italia fosse venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 33 di questa direttiva, con lettera 17 dicembre 1982, invitava il governo italiano, a norma dell'art. 169 del trattato CEE, a presentare, entro un termine di due mesi a partire dal ricevimento della lettera, le proprie osservazioni sugli otto addebiti ivi formulati.

- 5 Con lettera 24 febbraio 1983 della sua rappresentanza permanente, il governo italiano ammetteva la fondatezza degli addebiti formulati relativamente all'art. 10, 3° e 4° comma, all'art. 10, 5° comma, e all'art. 13 della legge n. 741 contestando tuttavia la fondatezza di quelli relativi all'art. 9, all'art. 10, 1° comma, all'art. 11 e all'art. 15, 2° comma, prima frase, di detta legge. Il governo italiano trasmetteva alla Commissione, in allegato a questa lettera, il testo di uno schema di disegno di legge predisposto dal ministero dei lavori pubblici nell'intento di venire incontro alle richieste formulate dalla Commissione.

- 6 Ritenendo di non poter tener conto di questo disegno preliminare di legge in quanto rappresentava solo « un'intenzione vaga ed incompleta delle autorità competenti di conformarsi alle disposizioni della direttiva », il 2 agosto 1983 la Commissione emanava un parere motivato che riproduceva l'insieme degli addebiti già formulati nella sua lettera di diffida. Ai sensi di tale parere, la Repubblica italiana veniva invitata ad adottare le misure necessarie nel termine di un mese.

- 7 In risposta al parere motivato, con telex 27 settembre 1983, il governo italiano rendeva nota alla Commissione l'intenzione del ministro dei lavori pubblici di reiterare la presentazione al Parlamento italiano del disegno di legge succitato, che

era decaduto a causa della fine della legislatura. Non essendo in seguito intervenuto alcun fatto nuovo, la Commissione decideva di adire la Corte.

- 8 La legge n. 687, recante modifiche alla legge n. 741 e alle disposizioni relative alla cauzione provvisoria ed alla pubblicità, veniva adottata solamente l'8 ottobre 1984.
- 9 Con il presente ricorso la Commissione lamenta innanzitutto l'adozione, avvenuta il 10 dicembre 1981, da parte dell'Italia della legge n. 741 recante norme integrative allo scopo di accelerare le procedure di esecuzione dei lavori pubblici (GURI 16 dicembre 1981, n. 344, pag. 8271), i cui artt. 9, 10, 11, 13 e 15 sarebbero contrari a talune disposizioni della direttiva n. 71/305 e, in secondo luogo, la mancata comunicazione nei suoi confronti, da parte della stessa, del testo di tale legge, in violazione dell'art. 33 di detta direttiva.

I — Per quel che riguarda l'adozione di talune disposizioni contenute nella legge n. 741

a) Ammissibilità delle offerte in aumento

- 10 La Commissione sostiene che l'art. 29, n. 1, della direttiva contempla solamente due criteri di aggiudicazione dell'appalto, cioè il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre l'art. 9 della legge italiana ammetterebbe, in caso di licitazione privata, le offerte in aumento che non corrispondono né all'uno, né all'altro, di questi due criteri.
- 11 Il governo italiano risponde a questa censura sostenendo che la possibilità di presentare offerte in aumento rispetto al prezzo di base fissato dall'amministrazione per l'aggiudicazione è conforme al criterio del « prezzo più basso » di cui all'art. 29, n. 1, della direttiva. Infatti, l'art. 9 disporrebbe che l'appalto viene aggiudicato al concorrente che offre l'aumento minore relativamente al prezzo fissato, in modo che l'aggiudicazione avverrebbe sempre a favore di chi ha offerto « il prezzo più basso ».
- 12 Tenuto conto delle osservazioni presentate dal governo italiano; la Commissione ha dichiarato di ritirare questa censura.

b) *Modalità per le offerte in aumento*

- 13 Secondo la Commissione, dal combinato disposto dell'art. 9 della legge italiana 10 dicembre 1981, n. 741, e dell'art. 1, n. 3, della legge 3 luglio 1970, n. 504 (GURI 17 luglio 1970, n. 179) risulterebbe che i prezzi sono calcolati nell'ambito delle procedure di aggiudicazione con possibilità di offerte in aumento, secondo la procedura della scheda segreta, mentre l'art. 29, n. 3, della direttiva vieta, una volta scaduto il termine da essa fissato, di determinare i prezzi tramite questa procedura.
- 14 Il governo italiano ha replicato a questo addebito che il ricorso alla procedura della scheda segreta non deriva dall'art. 9 della legge del 1981, e che in pratica tale procedura non è preparata o utilizzata nell'ambito delle aggiudicazioni disciplinate dal detto art. 9. L'art. 1 del disegno di legge approvato il 22 dicembre 1983 vieterebbe la procedura della scheda segreta di cui all'art. 1 della legge n. 504/70 per quel che riguarda gli appalti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva al solo scopo di chiarire la situazione e dissipare i dubbi della Commissione.
- 15 Poiché il disegno di legge è stato adottato l'8 ottobre 1984, in occasione della fase orale la Commissione ha rinunciato a far valere questa censura.

c) *Offerta segreta che eguaglia o che più si avvicina alla media*

- 16 Secondo la Commissione, il criterio di aggiudicazione dell'appalto, per cui l'art. 10, 1° comma, della legge italiana rinvia all'art. 4 della legge 2 febbraio 1973, n. 14, e, tramite questo, all'art. 1, lett. d), di tale legge, che dispone che l'appalto sarà aggiudicato al concorrente che ha presentato l'offerta che eguaglia o, in mancanza, che più si avvicina per difetto alla media, non corrisponde né all'uno, né all'altro, dei due criteri contemplati nell'art. 29, n. 1, della direttiva, ossia il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa determinata in relazione a diversi parametri variabili a seconda del mercato.
- 17 Il governo italiano ritiene invece che il criterio della media permetta, grazie alle sue specifiche modalità di applicazione, come definite nell'art. 4 della legge n. 14/73, di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Il governo italiano, nel corso della fase orale, ha inoltre sollevato un'eccezione di irricevibilità

fondata sul fatto che l'art. 10, 1° comma, della legge n. 741, nella lettera di diffida sarebbe stato considerato incompatibile solo con l'art. 29, n. 3, della direttiva. Nel suo parere motivato, la Commissione avrebbe invece sostenuto che il criterio di aggiudicazione di cui trattasi non corrisponde a nessuno dei criteri di cui all'art. 29, n. 1, della direttiva.

- 18 Va ricordato che, in forza dell'art. 169 del trattato, la Commissione può proporre alla Corte un ricorso per la constatazione di un inadempimento solo se lo Stato in causa non si conforma al parere motivato entro il termine ivi da essa fissato. Essa emette il parere motivato solamente dopo aver posto lo Stato membro interessato in condizioni di presentare le sue osservazioni.
- 19 Dalla funzione assegnata a tale fase precontenziosa del procedimento per inadempimento, si desume che la lettera di diffida ha lo scopo di circoscrivere la materia del contendere e di fornire allo Stato membro invitato a presentare le proprie osservazioni gli elementi necessari per predisporre la propria difesa.
- 20 Come la Corte ha dichiarato nella sentenza 11 luglio 1984 (causa 51/83, Commissione/Italia, Racc. 1984, pag. 2793), poiché la facoltà concessa allo Stato membro interessato di presentare le sue osservazioni costituisce — anche se esso preferisce non servirsene — una garanzia fondamentale voluta dal trattato, l'osservanza di tale garanzia è un presupposto della ritualità del procedimento per la dichiarazione della trasgressione di uno Stato.
- 21 Anche se ne consegue che il parere motivato di cui all'art. 169 del trattato CEE deve contenere un'esposizione coerente e particolareggiata dei motivi che hanno condotto la Commissione alla convinzione che lo Stato interessato è venuto meno a uno degli obblighi che gli incombono in forza del trattato, la Corte non può però imporre requisiti di precisione così rigidi per quel che riguarda la diffida, la quale può necessariamente consistere solo in un primo e breve riassunto degli addebiti. Come la Corte ha dichiarato nella sentenza 31 gennaio 1984 (causa 74/82, Commissione/Irlanda, Racc. 1984, pag. 317), nulla impedisce dunque alla Commissione di precisare, nel parere motivato, gli addebiti da essa già esposti in maniera più globale nella lettera di diffida.

- 22 A questo proposito risulta dagli atti di causa che, nella lettera di diffida in data 17 dicembre 1982, la Commissione censurava l'art. 10, 1° comma, della legge italiana per violazione dell'art. 29, n. 3, della direttiva n. 71/305, che vieta la procedura della scheda segreta. Essa precisava tuttavia, dopo aver citato il testo della legge, che tale disposizione era contraria alla direttiva « analogamente a quanto osservato nel paragrafo precedente ». In quest'ultimo paragrafo, essa censurava l'art. 9 della legge italiana in quanto stabiliva, fra l'altro, un criterio di aggiudicazione degli appalti non compatibile né con l'uno, né con l'altro, dei due criteri di cui all'art. 29, n. 1, della direttiva.
- 23 Ne consegue che la diffida, anche se la sua redazione non era molto esplicita, permetteva tuttavia al governo italiano di prendere conoscenza dell'addebito formulato nei propri confronti. La censura della Commissione è pertanto ricevibile.
- 24 Quanto al merito, risulta che l'art. 10, 1° comma, della legge italiana contiene, oltre ai criteri di aggiudicazione del prezzo più basso, e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui alla direttiva, il criterio del prezzo medio calcolato in base alla metà delle offerte che presenta i prezzi più bassi.
- 25 L'affermazione del governo italiano, secondo cui il criterio di aggiudicazione all'« offerta che eguaglia o che più si avvicina alla media » permetterebbe di determinare l'offerta « economicamente più vantaggiosa » ai sensi dell'art. 29 della direttiva, è inesatta. Per determinare l'offerta più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice deve in effetti poter prendere una decisione discrezionale in base a criteri qualitativi e quantitativi variabili secondo il mercato e non potrebbe di conseguenza basarsi sul solo criterio quantitativo della media dei prezzi.
- 26 Va dunque constatato che l'art. 10, 1° comma, della legge n. 741, non è compatibile con la direttiva n. 71/305, in quanto contiene un criterio di aggiudicazione degli appalti non previsto dall'art. 29, n. 1, di detta direttiva.

d) *Pubblicazione dei bandi di gara*

- 27 La Commissione sostiene inoltre che il 3° comma dell'art. 10 della legge n. 741, in quanto dispone la sospensione fino al 31 dicembre 1983 dell'applicazione dell'

art. 7 della legge 2 febbraio 1973, n. 14, e delle norme della legge 8 agosto 1977, n. 584, relative alla pubblicazione dei bandi di gara, è incompatibile con l'art. 12 della direttiva che impone l'obbligo di pubblicare nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee i bandi di gara rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva. Il 4° comma, relativo alla pubblicità delle aggiudicazioni, sarebbe altresì incompatibile con l'art. 12 della direttiva, che dispone che la pubblicazione dei bandi di gara su quotidiani non può aver luogo prima della data del loro invio alla Gazzetta ufficiale.

- 28 Il governo italiano non contesta la fondatezza di questi addebiti. Occorre quindi constatare l'inadempimento contestato.

e) *Capacità finanziaria, economica e tecnica dell'imprenditore*

- 29 L'art. 10, 5° comma, della legge n. 741, in quanto dispone la sospensione sino al 31 dicembre 1983 degli artt. 17 e 18 della legge 8 agosto 1977, n. 584, che provvedevano alla trasposizione degli artt. 25 e 26 della direttiva, sarebbe, secondo la Commissione, incompatibile non solo con queste norme in cui vengono elencate le referenze che le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere per valutare la capacità finanziaria, economica e tecnica dell'imprenditore, ma anche con gli artt. 17, lett. d), 20, 22 e 27 della direttiva, a norma dei quali la verifica dell'idoneità degli imprenditori va effettuata conformemente ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. 25-27 della direttiva.

- 30 La fondatezza di questi addebiti non è stata contestata dal governo italiano. Pertanto occorre parimenti constatare l'esistenza di un inadempimento.

f) *Lavori aggiuntivi o variati*

- 31 La Commissione sostiene d'altronde che l'art. 11 della legge n. 741, autorizzando l'amministrazione ad effettuare « la consegna dei lavori aggiuntivi o variati a seguito di parere favorevole del competente organo consultivo oppure deliberante in merito all'approvazione della relativa perizia », è incompatibile con l'art. 9, lett. f), della direttiva, in quanto non tiene in alcun conto le restrizioni di cui a tale articolo per quel che riguarda l'aggiudicazione dei lavori complementari all'aggiudicatario dell'opera principale.

- 32 Il governo italiano rileva invece che l'art. 11 riguarda unicamente « ... la consegna dei lavori aggiuntivi o variati » e non i presupposti per l'aggiudicazione dei lavori complementari all'imprenditore risultato aggiudicatario dell'appalto principale, contemplati dall'art. 9, lett. f), della direttiva. Questi ultimi continuerebbero ad essere disciplinati dall'art. 5, lett. f), della legge n. 584/77, che sarebbe conforme al precitato art. 9, lett. f). Una volta rispettato l'art. 5, lett. f), l'art. 11 permetterebbe tutt'al più la consegna dei lavori all'aggiudicatario prima dell'approvazione del contratto relativo ai lavori complementari al fine di accelerare le procedure di esecuzione degli appalti pubblici. L'ipotesi su cui si basa l'addebito della Commissione, e cioè che l'art. 11 introdurrebbe una deroga alle disposizioni dell'art. 9, lett. f), della direttiva, sarebbe quindi priva di fondamento.
- 33 Tenuto conto di questi chiarimenti forniti dal governo italiano, la Commissione ha dichiarato di non mantenere questa censura nel suo ricorso.

g) *Urgenza*

- 34 La Commissione ha sostenuto che l'art. 13 della legge italiana, in quanto, rinviando all'art. 41, n. 5, del regolamento approvato con regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, autorizza l'aggiudicazione di un appalto a trattativa privata « quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire indugi » è incompatibile con l'art. 9, lett. d), della direttiva, in particolare nella misura in cui consente di invocare l'urgenza in casi che non corrispondono alle condizioni espressamente disposte dall'art. 9, lett. d).
- 35 Il governo italiano non ha contestato questa censura. Di conseguenza, deve constatarsi l'inadempimento contestato.

h) *Cauzione*

- 36 La Commissione ha infine ritenuto che l'art. 15, 2° comma, prima frase, della legge italiana, a norma del quale « se è previsto che l'impresa invitata non possa restare aggiudicataria che di un solo lavoro, l'impresa stessa è autorizzata a depositare una sola cauzione provvisoria ragguagliata all'importo del lavoro di maggior valore », sarebbe incompatibile con gli artt. 25 e 26 della direttiva, in quanto la cau-

zione non fa parte delle referenze tassativamente ammesse dagli artt. 25 e 26, al momento della presentazione delle offerte, a dimostrazione della capacità economica, finanziaria e tecnica dell'imprenditore. Poiché lo scopo della cauzione sarebbe di garantire all'amministrazione aggiudicatrice la corretta esecuzione dei lavori, essa potrebbe essere richiesta soltanto all'imprenditore che risulti aggiudicatario dell'appalto.

- 37 Secondo il governo italiano, questa censura sarebbe irricevibile per mancanza d'interesse in quanto fondata unicamente sull'art. 15, 2° comma, prima frase, della legge italiana n. 741, mentre l'obbligo di depositare una cauzione provvisoria per partecipare alla gara sarebbe imposto non da questa, bensì da altre norme non contestate. L'art. 15, 2° comma, prima frase, si limiterebbe ad introdurre un'agevolazione permettendo a chi partecipa a più gare di depositare una sola cauzione provvisoria.
- 38 Inoltre, il governo italiano sostiene che l'art. 16, lett. i), della direttiva, si riferisce, genericamente, « alle cauzioni e ad ogni altra garanzia eventualmente richiesta dalle amministrazioni aggiudicatrici sotto qualunque forma » e non riguarda dunque soltanto la cauzione definitiva imposta all'aggiudicatario dell'appalto, bensì anche la cauzione provvisoria la cui funzione specifica è di garantire il carattere serio dell'offerta e di risarcire anticipatamente il danno dell'amministrazione. La cauzione provvisoria rafforzerebbe unicamente l'obbligo stabilito all'art. 16, lett. m), della direttiva, secondo cui l'aggiudicatario è tenuto a mantenere la propria offerta durante un certo lasso di tempo.
- 39 Poiché l'8 ottobre 1984 è stata adottata la legge italiana n. 687, che modifica la legge 741 ed in particolare le disposizioni relative alla cauzione provvisoria, la Commissione, durante la fase orale, ha rinunciato a far valere questa censura.

II — Sulla mancata comunicazione del testo della legge n. 741

- 40 La Commissione ritiene che l'Italia sia venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 33 della direttiva n. 71/305, in quanto ha ommesso di comunicarle il testo della legge 10 dicembre 1981, n. 741.

- 41 Il governo italiano ritiene invece infondata tale censura in quanto, alla data del parere motivato, la Commissione conosceva perfettamente il testo della legge.
- 42 A questo proposito va constatato che, anche se la Commissione era a conoscenza della legge n. 741 alla data del parere motivato, non è meno vero che il governo italiano non le ha comunicato ufficialmente il testo di questa legge, come era tenuto a fare in forza dell'art. 33. Va sottolineato a questo proposito che gli Stati membri sono tenuti, ai sensi dell'art. 5 del trattato CEE, a facilitare alla Commissione l'assolvimento dei suoi compiti, che consistono soprattutto, a norma dell'art. 155 del trattato CEE, nel vigilare sull'applicazione delle disposizioni del trattato nonché delle disposizioni adottate dalle istituzioni in forza di quest'ultimo. A tale scopo la direttiva in questione, alla stessa stregua delle altre direttive, impone agli Stati membri, all'art. 33, un obbligo di informazione. In mancanza di tale informazione, la Commissione non è in grado di verificare se lo Stato membro ha effettivamente e integralmente applicato la direttiva.
- 43 Occorre dunque dichiarare che la Repubblica italiana, non comunicando ufficialmente il testo della legge n. 741 alla Commissione, è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'art. 33 della direttiva n. 71/305.

III — Sulle spese

- 44 A norma dell'art. 69, § 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese. Poiché la convenuta è risultata soccombente nella maggior parte degli addebiti, essa va condannata alle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE

dichiara e statuisce:

- 1) La Repubblica italiana, adottando l'art. 10, commi 1, 3 e 5, e l'art. 13 della legge n. 741, è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dalla direttiva n. 71/305.

2) Inoltre, non comunicando ufficialmente alla Commissione il testo della legge n. 741, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall' art. 33 della direttiva n. 71/305.

3) La convenuta è condannata alle spese.

Mackenzie Stuart	Bosco	Due	
Pescatore	Koopmans	Bahlmann	Joliet

Così deciso e pronunziato a Lussemburgo, il 28 marzo 1985.

Il cancelliere
P. Heim

Il presidente
A. J. Mackenzie Stuart